|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 204/2007 |
| Fecha | de 3 de abril de 2007 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera y don Ramón Rodríguez Arribas. |
| Núm. de registro | 2778-2005 |
| Asunto | Recurso de amparo 2778-2005 |
| Fallo | La inadmisión de la demanda de amparo y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 19 de abril de 2005, la Procuradora de los Tribunales don doña María Esperanza Álvaro Mateo, en nombre y representación de don Fernando Trilles Serrat, formuló demanda de amparo contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005, dictado en el recurso de casación 2452-2003, en causa seguida por delito de estafa.

2. La demanda de amparo trae causa de los siguientes hechos:

a) Con fecha 15 de septiembre de 2003 la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia por la que se condenaba al ahora solicitante de amparo, como autor de un delito continuado de estafa de los arts. 248.2, 249 y 74.2, inciso primero, del Código penal, a la pena de dos años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y costas procesales. También se le condenaba a indemnizar a Caja Madrid y a la Caixa de Galicia en la cuantía defraudada, tal como habría de determinarse en ejecución de Sentencia, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Residencia Asistida Les Quatre Estacións, S.L. Según los hechos probados, el demandante de amparo, administrador único de la citada mercantil, actuando en su nombre, había acordado con las dos entidades bancarias antes mencionadas (sitas en c/. Aribau núm. 25 y Muntaner núm. 112 de Barcelona, respectivamente) la instalación de unas terminales de pago para tarjetas de crédito, con las que realizó numerosas operaciones electrónicas que eran ficticias, utilizando a tal fin una serie de tarjetas de personas extranjeras. Con tal artilugio causó un perjuicio económico no concretado, pero en todo caso por encimas de 300,51 € a Caja Madrid y por encima de 36.060,73 € a Caixa de Galicia.

b) Por lo que se refiere a la pena privativa de libertad, el Ministerio Fiscal y la Acusación particular en sus respectivos escritos de conclusiones definitivas solicitaron se impusiera al acusado la pena de cuatro años y seis meses de prisión, al calificar los hechos como un delito de estafa del art. 248 CP, en relación con el subtipo agravado del art. 250.1.6º (“especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deje a la víctima o a su familia”). También interesaban la aplicación de la figura del delito continuado del art. 74 CP.

No obstante, la Audiencia Provincial apreció la continuidad delictiva del art. 74 CP, no la agravación específica del citado art. 250.1.6º CP, razonando que sólo estaba acreditado que se habían realizado diversas operaciones ficticias con las terminales de pago, conociéndose que el importe de lo defraudado es superior a 6 millones de pesetas, sin haberse determinado la cuantificación exacta. Dentro del citado art. 74 CP, la Sala, siguiendo la interpretación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aplica en este caso el art. 74.2, primer inciso, que prevé, si se trata de infracciones contra el patrimonio, sumar las cuantías de los diferentes delitos o faltas para sancionar conforme “al perjuicio total causado”, y no el art. 74.1 CP, que ordena la imposición de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. También excluye la aplicación del segundo inciso del citado art. 74.2 CP, referente al delito masa, pues sólo dos entidades bancarias “no constituyen la generalidad a que se refiere el precepto”, supuesto en el que se podría haber impuesto la pena superior en uno o dos grados.

En base a lo anterior, el Tribunal, dentro el marco penológico del art. 249 CP entonces vigente (de 6 meses a 4 años de prisión) y entendiendo que, con arreglo a la calificación jurídica que antes se ha expuesto, la pena no podría exceder de estos 4 años, límite máximo previsto legalmente, razona en su Sentencia que se “considera suficiente y proporcional en el caso de que se trata, atendidas las circunstancias concurrentes, la pena privativa de libertad de dos años y 6 meses de prisión, teniendo en cuenta que la cantidad económica defraudada que ha sido objeto de verdadera prueba sólo esta concretada respecto al dato de que dicha cantidad es superior a 6 millones de pesetas”. No apreciándose, por otra parte, “datos o elementos añadidos que aconsejen una pena en extensión mayor a la antes dicha; tampoco una pena inferior atendida la cantidad económica de que se trata —por encima de 6 millones de pts.— que por si sola es suficientemente importante y merecedora de un reproche penal más grave que el de supuestos en que se manejan cantidades muy inferiores a esta y en los que se suele imponer una pena menor” (FJ 5).

c) Por la representación del demandante se interpuso recurso de casación contra la referida Sentencia condenatoria, en el que mostró su disconformidad con la extensión de la pena de libertad que se le había impuesto. Así, teniendo en cuenta la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó el citado art. 249 (fijando para el tipo básico de estafa la “pena de prisión de seis meses a tres años”), y la disposición transitoria primera de dicha Ley Orgánica, que prevé la aplicación de sus disposiciones si estas “son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”, debería habérsele rebajado por el órgano judicial la pena impuesta de manera proporcional, quedando en dos años de prisión.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación formulado por Auto de 10 de marzo de 2005. Respecto del motivo de casación antes expuesto, justificó su rechazo en los siguientes términos: “El Tribunal de instancia, dentro del marco de la pena, que va desde los seis meses a los cuatro años de prisión, impone una pena de dos años y seis meses de prisión. Ahora, a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, la pena es de seis meses a tres años. Pero lo cierto es que teniendo en cuenta el carácter continuado del delito cometido, y que incluso según la nueva redacción del art. 74.1 CP la pena que se puede imponer en tal hipótesis es la ‘señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado’ ello unido al criterio del ‘perjuicio total causado’, la pena que se le ha impuesto al recurrente, una pena de dos años y seis meses, es decir, una pena que se encuentra en la mitad superior de la misma, es una pena que esta proporcionada a la gravedad del hecho, sin que pueda entenderse que la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 15/2003 debe dar lugar a una revisión de los juicios de individualización llevados a cabo por los órganos jurisdiccionales, pues tal consecuencia no está allí prevista. Ciertamente, en los hechos probados no se establece con exactitud el perjuicio causado, pero sí se afirma con lo necesaria seguridad que, en cualquier caso, supera la suma de seis millones de pesetas. Solo si la duda se hubiera resuelto en contra del acusado habría razones para apreciar una vulneración constitucional. Pero ello no ha ocurrido así en el presente caso, luego la queja del recurrente al respecto no tiene fundamento alguno, como tampoco lo tiene la referencia a lo que llama ‘sanción básica del art. 249 CP’, que, en realidad, es la que se ha aplicado al acusado, aunque en la mitad superior por la continuidad delictiva en que ha incurrido, como se explica ampliamente en la sentencia impugnada” (FJ 4).

3. El recurrente atribuye la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al Auto dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por carecer de la preceptiva motivación y no dar respuesta de manera razonada y congruente a todos los planteamientos articulados en su recurso de casación, en particular a su alegación sobre la extensión de la pena privativa de libertad que se le debería haber impuesto. Así, en este recurso puso de relieve la trascendencia que debió haber tenido para esta determinación la reforma sobrevenida por la Ley 15/2003, no atendiendo sus requerimientos el órgano de casación. Si el Tribunal de instancia, conforme al entonces vigente art. 249 CP (que preveía una pena de prisión de seis meses a cuatro años), condenó por dos años y seis meses, es decir la mitad de la pena más seis meses, el órgano de casación, cuando se modificó el citado precepto (instaurando una pena de seis meses a tres años), debió utilizar la misma técnica, rebajándole la pena a dos años, ya que la mitad de la pena entonces sería un año y seis meses, a la que habría de añadirse otros seis meses conforme al cálculo realizado por la Audiencia. Además, el Tribunal Supremo, al justificar la extensión de la pena privativa de libertad impuesta por la Audiencia, razona que “incluso según la nueva redacción del art. 74.1 CP la pena que se puede imponer en tal hipótesis es la señalada para la infracción mas grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”, cuando resulta evidente que el Tribunal de instancia declaró aplicable en su caso, no este precepto, sino por el contrario el art. 74.2, primer inciso, al tratarse de una infracción contra el patrimonio. Luego, el órgano de casación partió de unas bases normativas erróneas para la fijación de la extensión de la pena. Por todo ello, se interesa en la demanda la nulidad de la sentencia impugnada, reconociéndose el derecho del recurrente a obtener una resolución fundada sobre la pena impuesta.

4. Por providencia de 29 de septiembre de 2005 la Sección Cuarta de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordó conceder un plazo común de diez días al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal para que formularan las alegaciones que estimasen pertinentes acerca de la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) de la misma Ley, consistente en la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda.

5. La representación procesal del recurrente evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 18 de octubre de 2005, en el que reproduce los fundamentos de la impugnación ya recogidos, interesando por ello la admisión a trámite del presente recurso de amparo.

6. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 24 de octubre de 2005 el Ministerio Fiscal formuló alegaciones interesando la inadmisión de la demanda de amparo por falta de contenido constitucional. Así, el primer lugar, queda claro del propio argumentario de la demanda que sí hubo respuesta expresa en el Auto de inadmisión de la casación, siendo así que lo que se discrepa es precisamente el contenido de esa respuesta en lo que se refiere a la posible modificación de la pena impuesta en primera instancia. Desde esta perspectiva, el núcleo de la queja se circunscribe a que el mentado Auto al confirmar la pena impuesta no la adaptó a la modificación operada por la reforma del Código penal sobrevenida por la Ley Orgánica 15/2003, contraviniendo así lo dispuesto en su disposición transitoria primera, que prevé esta modificación de la pena cuando sea más favorable al reo. Desde esta perspectiva, el argumento de fondo que utiliza el Tribunal Supremo, de que la citada disposición transitoria no permite la individualización pretendida, parece de recibo en el contexto hermenéutico del precepto y no aparece así revestido de “irrazonabilidad o arbitrariedad”. Por otra parte, aunque es cierto que el Tribunal “menciona, con posible error, que la pena impuesta lo fue en atención al art. 74.1 y no del 2, en su inciso primero”, “tal mención y las consideraciones penológicas que se extraen de la misma son periféricas del argumento ad maiorem, que hemos expuesto precedentemente, de la falta de cobertura normativa para operar la reforma de la pena”. De lo anterior se desprende, según el Fiscal, la falta de contenido constitucional de la demanda de amparo, al no apreciarse una falta de motivación vulneradora del art. 24.1 CE en la resolución dictada por el órgano judicial.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto de impugnación en este recurso de amparo el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005, por la que se inadmite el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 2003, en cuya virtud se condena al recurrente como autor de un delito continuado de estafa. Éste atribuye de manera específica al expresado Auto de casación la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por falta de motivación y por no haber dado respuesta razonada y congruente a todos sus planteamientos, fundamentalmente a su pretensión de reducción de la pena privativa de libertad impuesta en la instancia tras la reforma del Código penal operada por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre. Esta valoración no es compartida por el Ministerio Fiscal, quien interesa la inadmisión del presente recurso por carecer manifiestamente de contenido constitucional que justifique un pronunciamiento sobre el fondo por parte de este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC)].

2. Desde la perspectiva propuesta por el recurrente conviene empezar recordando que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface con una respuesta jurídicamente fundada de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos, ya sea favorable o adversa a sus intereses. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, deber que no queda cumplido con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería entonces una mera apariencia (SSTC 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Por otra parte, este Tribunal ha reconocido un deber reforzado de motivación en el caso de las Sentencias penales condenatorias, en cuanto título jurídico habilitante de la privación del derecho a la libertad personal, al exigir que en ellas, no sólo se cumpla con la obligación de fundamentar los hechos y su calificación jurídica, sino también con la obligación de fundamentar la pena finalmente impuesta (SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 3; 148/2005, de 6 de junio, FJ 4). De este modo también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez Penal en la individualización de la pena es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión (STC 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6), extendiéndose nuestro control a determinar si, en el caso concreto y a la vista de los datos que los hechos probados relatan, la motivación acerca del quantum de la pena impuesta resulta o no manifiestamente irrazonable o arbitraria (SSTC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6; 108/2001, de 23 de abril, FJ 3).

3. A la luz de esta doctrina, conviene empezar rechazando la supuesta incongruencia que el recurrente atribuye al Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ya que el órgano judicial no ha dejado imprejuzgada o sin respuesta su pretensión de que se procediera a una modificación de la pena impuesta por el Tribunal de instancia, articulando precisamente su demanda sobre la base de su disconformidad con los argumentos utilizados para denegarle esta petición. En todo caso, de existir esta incongruencia habría dado lugar a la inadmisión de la demanda con arreglo a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, al incumplir entonces de manera manifiesta e insubsanable la misma el requisito establecido en el art. 44.1 a) de la mencionada Ley, ya que si se consideraba que la resolución impugnada no daba respuesta a los motivos de casación planteados debería haberse intentado con carácter previo, según reiterada doctrina de este Tribunal, la oportuna nulidad de actuaciones regulada en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), para dar así a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de reparar dicho defecto (SSTC 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 178/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 223/2003, de 15 de noviembre, FJ 3).

4. Por otra parte, las respuestas proporcionadas por los órganos judiciales intervinientes satisfacen las exigencias constitucionales de motivación a que se ha hecho referencia. Así, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó al recurrente como autor de un delito continuado de estafa previsto en los arts. 248.2 y 74.2 del Código penal (CP), imponiéndole, no obstante la petición del Ministerio Fiscal y de la acusación particular (que solicitaban la pena de cuatro años y seis meses de prisión al calificar la estafa como constitutiva del subtipo de “especial gravedad” del art. 250.1.6 CP), la pena de dos años y seis meses de prisión, dentro del marco punitivo que le permitía el art. 249 CP entonces vigente (de 6 meses a 4 años). A tal fin, justificaba la extensión concreta de la pena privativa de libertad en que resultaba aplicable, no la previsión del art. 74.1 o 74.2, segundo inciso, CP, sino el art. 74.2, primer inciso, CP, en cuanto dispone que “si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado”. Así las cosas, el Tribunal de instancia consideraba “suficiente y proporcional” la referida pena teniendo en cuenta la cantidad económica defraudada, habiéndose acreditado que ésta es superior en todo caso a 6 millones pesetas. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestimó en su Auto la pretensión del recurrente de que se procediera a modificar la extensión de la pena impuesta (rebajándola a dos años de prisión), en virtud de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, argumentando que su disposición transitoria primera no obligaba a una revisión de los juicios de individualización de la pena llevados a cabo por los órganos judiciales. Además, había que tener en cuenta que se trataba de un delito continuado y que la pena impuesta era proporcionada a la gravedad del hecho, con base en el “perjuicio total causado”, pues “ciertamente en los hechos probados no se establece con exactitud el perjuicio causado, pero sí se afirma que en cualquier caso supera la suma de 6 millones de pesetas”.

5. Dicho lo anterior, es cierto, como se resalta en la demanda, que el órgano de casación pretendió justificar su decisión en que incluso según la nueva redacción del art. 74.1 CP (dada por la citada Ley Orgánica 15/2003) la pena que se puede imponer en tal hipótesis es “la señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”, habiéndose impuesto en el presente caso al recurrente la pena de dos años y seis meses, “es decir una pena que se encuentra en la mitad superior de la misma”, siendo así que el Tribunal de instancia entendió aplicable en este caso, por el contrario, la previsión del art. 74.2, inciso primero, CP, no modificada por la citada Ley Orgánica y aplicable de manera específica a las infracciones contra el patrimonio, la cual, conforme a una reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no obligaba al órgano judicial a imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior, sino únicamente a individualizar la pena teniendo en cuenta “el perjuicio total causado”.

No obstante, tal constatación, que pudiera incardinarse como reconoce el Fiscal dentro del concepto del error, no tiene la relevancia que pretende darle el recurrente, pues tales consideraciones penológicas son, en efecto, periféricas y no nucleares del argumento principal, utilizándose así por el órgano judicial como argumentos complementarios para justificar su decisión, basando éste en definitiva su criterio de no proceder a la revisión de la pena, tal como se ha visto anteriormente, en que se trata de un supuesto de delito continuado, siendo la extensión de la pena impuesta proporcionada a la gravedad del hecho, tal como se infiere del “perjuicio total causado” (por encima de los 6 millones de pesetas). Desde esta perspectiva, conviene recordar que este Tribunal ha afirmado que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando la resolución judicial sea el resultado de un razonamiento que no se corresponde con la realidad por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo con ello efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano. No obstante, entre los requisitos necesarios para dotar de relevancia constitucional al error, se encuentra que éste resulte determinante de la decisión adoptada por constituir el soporte único o básico de la resolución, de forma que no pueda saberse cual hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en él (por todas, STC 109/2006, de 3 de abril, FJ 3), circunstancia que no concurre en el presente caso.

6. Por todo lo anterior, cabe concluir que los órganos judiciales intervinientes, cumpliendo su legítima función en cuanto a la individualización de la pena, han hecho uso del arbitrio legalmente establecido para imponerla dentro del marco penológico previsto para el delito de estafa por el que ha sido condenado el recurrente, comprobando este Tribunal, dentro del control externo que le compete, que dichos órganos dan una respuesta ampliamente motivada de su decisión sobre la pena concreta impuesta, que no resulta manifiestamente arbitraria o irrazonable. La decisión de no proceder por parte del órgano de casación a una revisión de la misma al haber variado la extensión de la pena privativa de libertad señalada al tipo básico de estafa en el art. 249 CP (de seis meses a cuatro años de prisión a seis meses a tres años), tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, constituye una cuestión de interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria competencia de los órganos judiciales, que no puede ser modificada por este Tribunal porque no compete constatar el grado de acierto de una determinada resolución judicial, al no ser este Tribunal Constitucional una tercera instancia revisora ni tampoco una instancia casacional (SSTC 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 189/2001, de 24 de noviembre, FJ 4, entre otras).

Por lo expuesto, y de conformidad con el art. 50.1 c) de la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional, la Sección

ACUERDA

La inadmisión de la demanda de amparo y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a tres de abril de dos mil siete.